

VU Research Portal

Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip

Stevens, L.

published in

Delikt en Delinkwent
2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Stevens, L. (2007). Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip. *Delikt en Delinkwent*, 7(37), 682-697.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip?

Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest²

54 *Mede op basis van de rechtspraak van het EHRM wordt doorgaans in het merendeel van de literatuur en in de rechtspraak aangenomen dat het nemo-teneturbeginsel zich in hoofdzaak beperkt tot de verklaringsvrijheid van de verdachte. Het arrest Saunders is bij deze uitleg uitgangspunt. Met het in 2006 gewezen EHRM-arrest Jalloh is het echter de vraag of dit uitgangspunt moet worden herzien dan wel moet worden genuanceerd. Het lijkt er op dat het Hof in plaats van nemo tenetur strikt te benaderen, het beginsel gaat zien als een containerbegrip waaronder allerhande belangen van de verdachte kunnen worden geschaard.*

I Inleiding

Niemand is verplicht aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Zo luidt de (meest brede) definitie van het nemo-teneturbeginsel. Nemo tenetur is – als een *privilege against self-incrimination* – door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens erkend als wezenlijk onderdeel van het eerlijke strafproces van artikel 6 EVRM.³ Van de door het Hof gewezen arresten inzake nemo tenetur wordt het arrest Saunders doorgaans gezien als kernarrest. In Saunders legt het Hof immers een belangrijke beperking aan wat betreft de reikwijdte van het beginsel. Het nemo-teneturbeginsel beschermt hoofdzakelijk de verklaringsvrijheid van de verdachte. Buiten het zwijgrecht is de bete-

¹ UD straf(proces)recht Vrije Universiteit Amsterdam.

² Citeerwijze: L. Stevens, 'Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', DD 2007, 54.

³ Ik gebruik het nemo-teneturbeginsel en het privilege against self-incrimination als inwisselbare termen.

kenis van nemo tenetur zeer beperkt. De arresten Funke en J.B. – waarin het gaat om uitleveren van documenten en toch een schending van nemo tenetur wordt aangenomen – worden vervolgens uitgelegd in het licht van Saunders: weliswaar lijkt het om documenten te gaan maar het uitleveren daarvan kan onder de gegeven omstandigheden gelijk worden gesteld met het afleggen van een verklaring (het gaat dus om een soort ruime verklaringsvrijheid). Met de uitspraak van het Hof in de zaak Jalloh is het echter de vraag of deze tot nu toe gangbare interpretatie van de Europese rechtspraak op de schop moet. In deze zaak neemt het Hof een schending van nemo tenetur aan die niet strookt met de opvatting dat het beginsel zich beperkt tot de verklaringsvrijheid (in ruime zin).

In het licht van de vraag naar de reikwijdte van nemo tenetur buiten de verklaringsvrijheid bespreek ik in dit artikel als eerste (beknopt) de arresten Saunders, Funke en J.B.⁴ Vervolgens bespreek ik (uitgebreid) het meest recente nemo-teneturarrest Jalloh. Nu de uitspraak af lijkt te wijken van de eerdere rechtspraak en daarbij niet uitblinkt in heldere argumentatie is het de vraag wat het Hof kan hebben bedoeld met deze beslissing. Het heeft er alle schijn van dat het nemo-teneturbeginsel van een beginsel met een beperkt bereik (namelijk de verklaringsvrijheid) zich ontwikkelt naar een beginsel onder wiens paraplu allerhande belangen kunnen worden gebracht.

2 Saunders, Funke en J.B.: verklaringsvrijheid en procesautonomie als kern van nemo tenetur

In het veronderstelde kernarrest Saunders draaide het om de vraag of in een controleprocedure verkregen verklaringen konden worden gebruikt in een daaropvolgende strafzaak. De verklaringen van Saunders waren waarschijnlijk op een niet heel juiste manier verkregen (de controleprocedure werd voortgezet terwijl er al een tijdje een verdenking bestond) en zij vormden uiteindelijk een essentieel onderdeel van het belastende bewijs. Het Europese Hof overweegt dat het recht zichzelf niet te belasten veronderstelt dat de vervolgende instanties het bewijs in een strafzaak rond krijgen zonder daarvoor hun toevlucht te moeten nemen tot bewijs dat is verkregen ‘door middel van methoden of dwang tegen de wil (“in defiance of”) van de verdach-

4 Ten aanzien van het nemo-teneturbeginsel heeft het Hof veel meer arresten gewezen dan bovengenoemde drie. Saunders, Funke en J.B. zijn hier echter van belang omdat zij gaan over de vraag naar de reikwijdte van nemo tenetur buiten het zwijgrecht – de vraag waar dit artikel om draait.

te’.⁵ De op grond van deze overweging gewekte verwachting dat er een ruim nemo-teneturbeginsel is erkend, wordt echter in de volgende overweging de kop ingedrukt:

‘The right not to incriminate oneself is primarily concerned however, with respecting the will of an accused to remain silent. (...) [I]t does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect, such as *inter alia*, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing’.⁶

Het standpunt van het Hof houdt kort gezegd in dat de verklaringsvrijheid wordt beschermd en dat materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, zoals bloed, DNA, documenten etcetera, buiten de bescherming van het nemo-teneturbeginsel valt.

Dit standpunt werpt de vraag op naar de verhouding met het eerder gewezen Funke-arrest waarin het Hof een veel breder nemo-teneturbeginsel leek te erkennen. Funke werd verdacht van belastingdelicten. Er is in dat kader reeds een huiszoeking bij hem thuis geweest. Omdat Funke vervolgens zelf geen inzage wil geven in bankafschriften van buitenlandse bankrekeningen wordt een strafrechtelijke procedure gestart. Funke wordt voor het niet uitleveren van documenten veroordeeld tot een boete en een dwangsom voor elke dag die hij vanaf dan in gebreke blijft. Het Europese Hof overweegt aangaande deze gang van zaken:

‘The Court notes that the customs secured Mr Funke’s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law (...) cannot justify such an infringement of the right of anyone “charged with a criminal offence”, within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself.’⁷

Was men na Saunders enigszins onzeker over de betekenis van Funke, na J.B. heerst er een algehele verwarring over hoe de drie arresten te rijmen. J.B. wordt net als Funke verdacht van belastingontduiking.

5 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk), r.o. 68.

6 EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk), r.o. 69.

7 EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1994, 485, m.nt. Kn (Funke tegen Frankrijk), r.o. 44.

Door de Zwitserse belastingdienst wordt daarom een procedure tegen hem gestart waarin J.B. meerdere malen wordt gevraagd bewijs te overleggen van geïnvesteerde bedragen.⁸ J.B. geeft toe dat hij investeringen heeft gedaan en dat hij zijn inkomen niet zorgvuldig heeft opgegeven aan de belasting. Hij overlegt echter geen documenten. Daar J.B. geen gehoor geeft aan de verzoeken tot informatie, wordt hem tot driemaal toe een administratieve boete opgelegd. Het Hof overweegt:

‘Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income in view of the assessment of his taxes (...). While it is not for the Court to speculate what the nature of such information would have been, the applicant could not exclude that any additional income which transpired from these documents from untaxed sources could have constituted the offence of tax evasion.’⁹

Hoewel het op het eerste gezicht gaat om het uitleveren van documenten en dus wilsonafhankelijk materiaal, oordeelt het Hof dat artikel 6 is geschonden. Het overweegt zelfs nadrukkelijk dat het hier niet gaat om het in Saunders genoemde criterium. In haar overweging lijkt het Hof het Saunders-criterium ook te veranderen althans uit te breiden.

‘[H]owever, the present case differs from such material which, as the Court found in the Saunders case, had an existence independent of the person concerned and was not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person (...).’¹⁰

Het gaat in J.B. niet, aldus het Hof, om materiaal dat onafhankelijk van de *persoon bestaat*.¹¹ Materiaal dat onafhankelijk van de persoon (wil) bestaat wordt, zo lees ik de woorden van het Hof, immers niet *verkregen* tegen de wil van de verdachte.¹² En dat laatste is in J.B. kennelijk wel het geval. Het Hof overweegt verder dat het niet overtuigd is van het argument dat de autoriteiten reeds op de hoogte waren van de nodige informatie. Naar opvatting van de overheid zou

8 De procedure lijkt zowel een controleprocedure als een procedure gericht op bestraffing te zijn.

9 EHRM 3 mei 2001, AB 2002, 343, m.nt. Jansen en Luchtman (J.B. t. Zwitserland), r.o. 27.

10 EHRM 3 mei 2001, AB 2002, 343, m.nt. Jansen en Luchtman (J.B. t. Zwitserland), r.o. 29.

11 Ik ga er hier vanuit dat het Hof met ‘persoon’, ‘wil’ bedoelt.

12 EHRM mei 2001, AB 2002, 343 (J.B. t. Zwitserland), r.o. 29.

J.B. de gevraagde informatie (dit is de hoogte van de geïnvesteerde bedragen) al hebben toegegeven. Gezien de volhardendheid waarmee om de informatie wordt gevraagd, trekt het Hof dit echter in twijfel.

Het vinden van samenhang in de bovenstaande drie uitspraken is geen eenvoudige exercitie. Dit is naar mijn idee ook grotendeels het gevolg van het in Saunders geïntroduceerde moeilijk hanteerbare criterium. Door echter de specifieke omstandigheden van de verschillende zaken naast elkaar te zetten en deze te plaatsen tegen de achtergrond van het strafproces op tegenspraak dat artikel 6 EVRM beoogt te beschermen, kunnen de reikwijdte en de ratio van het niet meewerken buiten het zwijgrecht worden benaderd.¹³ Uit Funke en J.B. blijkt in de eerste plaats dat onder omstandigheden het verplicht uitleveren van *documenten* een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel inhoudt. Die omstandigheden betreffen mogelijk de onzekerheid van het bestaan van de documenten (Funke), dan wel de open vraagstelling die wordt gehanteerd (J.B.). De medewerking die onder die omstandigheden van de verdachte wordt gevraagd, zou dan kunnen worden gezien als een soort verlengde verklaringsvrijheid. Het uitleveren van documenten waarvan het bestaan onzeker is of het geven van onbestemde informatie is dan hetzelfde als het afleggen van een (bekenkende) verklaring dát er documenten bestaan, of hetzelfde als een verklaring over welke documenten er bestaan die deze kwestie betreffen.¹⁴ In die zin zou dan ook het Hof kunnen worden begrepen als het impliceert dat de informatie in J.B. ‘afhankelijk van de wil van de verdachte werd verkregen’. Materiaal dat in beginsel onafhankelijk van de wil bestaat kan dus onder omstandigheden niet onafhankelijk van de wil worden verkregen.¹⁵

De ratio van het aannemen van een schending in gevallen als J.B. en Funke ligt in de aantasting van de verdedigingspositie van de

13 Kenmerk van het eerlijke strafproces is dat het een proces op tegenspraak is. Die tegensprekelijkheid wordt door het Hof zelf voortdurend benadrukt in haar rechtspraak. Zie bijvoorbeeld EHRM 28 augustus 1991, appl. no. 11170/84 (Brandstetter t. Oostenrijk), r.o. 66, EHRM 6 december 1988, appl. no. 10590/83 (Barberà, Messegue en Jabardo t. SpaNJe), r.o. 78.

14 Zie onder andere M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces*, Deventer: Kluwer 2002, p. 286. Zie ook de noot van Feteris bij HR 27 juni 2001, *BNB* 2002, 27, onder 4. Zie voorts A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 19 september 2006, overweging 62.

15 Zie L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 158. Dit wordt ook met zoveel woorden bevestigd in het hierna te bespreken Jalloh-arrest in r.o. 113.

verdachte. De verdachte moet de mogelijkheid krijgen een eigen standpunt in te nemen en het door de aanklager aangevoerde bewijs te betwisten. Verklaringsvrijheid en zwijgrecht van de verdachte zijn de essentiële waarborg voor die positie. Echter ook door te vissen naar informatie (zoals de autoriteiten in Funke en J.B. leken te doen) en daardoor een intellectuele inspanning van de verdachte te vragen, wordt inbreuk gemaakt op de autonome procespositie van de verdachte. Het nemo-teneturbeginsel heeft in deze uitleg dus weliswaar betekenis buiten het zwijgrecht, maar hangt daar tegelijkertijd erg dicht tegenaan. Dat het meewerken aan het verzamelen van DNA, bloed, urine en adem dan geen inbreuk vormt op nemo tenetur is tegen die achtergrond begrijpelijk. Het bestaan en (daarmee ook) de inhoud van dergelijk materiaal staat immers vast en is niet voor interpretatie of betwisting vatbaar.¹⁶ Op de inhoud of samenstelling ervan kan de verdachte geen invloed uitoefenen. De procesautonomie van de verdachte is in deze uitleg dan ook een intellectuele, inhoudelijke autonomie.¹⁷

3 Jalloh: dwang als kern van nemo tenetur

De beperkte uitleg van het nemo-teneturbeginsel zoals in de voorgaande paragraaf geschetst, wordt onzeker in het licht van de Jalloh-uitspraak¹⁸ die het Hof in 2006 wees.¹⁹ Om de uitspraak goed te begrijpen – en dat is niet makkelijk gezien de zeer uitgebreide maar wollige overwegingen – en om hem te kunnen plaatsen tegen de reeds geschetste achtergronden van nemo tenetur, bespreek ik zowel de feiten als de rechtsoverwegingen van de zaak uitvoerig.

Jalloh is een straatdealer die door de politie wordt gezien als hij plastic bolletjes uit zijn mond haalt en in ruil voor geld aan anderen overhandigt. De politie vermoedt drugs en arresteert Jalloh. Deze slikt vervolgens een zich nog in zijn mond bevindend bolletje in. Op Jallohs lichaam en kleding worden verder geen drugs aangetroffen. De officier van justitie beveelt daarop dat aan Jalloh een braakmiddel zal worden toegediend opdat hij het ingeslikte bolletje uitbraakt. Eenmaal in het ziekenhuis weigert Jalloh het braakmiddel in te ne-

¹⁶ Waarbij uiteraard wel geldt dat de wijze van onderzoek van dergelijk materiaal en daarmee de uitkomst van dat onderzoek kan worden aangevochten.

¹⁷ Zie Stevens 2005, hoofdstuk 10.

¹⁸ EHRM 11 juli 2006, appl. no. 54810/00 (Jalloh t. Duitsland).

¹⁹ Vergelijk Piet Hein van Kempen in zijn noot bij het arrest in het *NJCM-bulletin* van mei 2007.

men waarop hij door vier politiemannen naar de grond wordt gewerkt. De arts dient vervolgens onder dwang de benodigde medicatie toe via een slang in de neus van Jalloh. Ook krijgt Jalloh een injectie met een andersoortig braakmiddel. Jalloh braakt vervolgens een bolletje cocaïne van 0,2182 gram uit.

Voor het Europese Hof klaagt Jalloh dat het toedienen van het braakmiddel een schending inhoudt van artikel 3 EVRM, het verbod op martelen en vernederende en onmenselijke behandeling. Daarnaast stelt Jalloh dat het ‘principle against self-incrimination’ is geschonden door hem tegen zijn wil bewijs te laten leveren. Het Hof oordeelt dat de behandeling van Jalloh inderdaad onmenselijk en vernederend was en dus in strijd met artikel 3.²⁰ Ook oordeelt het Hof dat er sprake is van een schending van het recht tegen zelfbelasting. Om tot die conclusie te komen heeft het een lange aanloop nodig. Het gegeven dat artikel 3 is geschonden blijkt in de overwegingen bovendien een belangrijke rol te spelen.

Ten aanzien van de vraag naar nemo tenetur begint het Hof onder het kopje ‘General principles established under the Court’s case-law’ met de overweging dat het haar taak is het proces als een geheel te bekijken, inclusief de vraag naar de eerlijkheid van de gebruikte bewijsverkrijgingsmethoden en de in dat licht te stellen vraag naar de toelaatbaarheid van het bewijs. Bij de beantwoording van die vraag moet ook worden gekeken of de rechten van de verdediging zijn gerespecteerd. Het Hof noemt de mogelijkheid voor de verdachte de authenticiteit van het bewijs te betwisten evenals het recht te ageren tegen het gebruik van het bewijs. Ook is de kwaliteit van het bewijs van belang, waarbij de vraag naar de invloed van bewijsverkrijgingsmethode op de betrouwbaarheid tevens meetelt.²¹

Bij de beantwoording van de vraag naar de eerlijkheid van het proces als geheel mag voorts doorgaans een belangenafweging plaatsvinden tussen het publieke belang van vervolging en bestraffing, en het belang van de verdediging, aldus het Hof. Echter, zo redeneert het Hof, het publieke belang kan nooit maatregelen rechtvaardigen die de ‘very essence’ van de rechten van de verdediging – waaronder het nemo-teneturbeginsel – schenden.²² Het Hof geeft vervolgens voorbeelden van zaken waaruit blijkt dat in het geval er sprake is van een schending van artikel 3, de afweging van belangen anders uitvalt

20 Zie voor een bespreking van de gehele uitspraak de noot van Piet Hein van Kempen in de mei-aflevering van het *NJCM-bulletin* 2007.

21 EHRM 11 juli 2006, appl. no. 54810/00 (Jalloh t. Duitsland), r.o. 95-96.

22 EHRM 11 juli 2006, appl. no. 54810/00 (Jalloh t. Duitsland), r.o. 97.

dan wanneer er sprake is van (gebruik van bewijs dat is verkregen als gevolg van) een schending van artikel 8 (bijvoorbeeld de zaak Khan t. Verenigd Koninkrijk). Artikel 3 bevat immers een absoluut verbod, aldus het Hof. Dan gaat het Hof over op het nemo-teneturbeginsel. Ten aanzien van de vraag of de ‘very essence’ van nemo tenetur is geschonden dient rekening te worden gehouden met de volgende elementen: de aard en de mate van dwang, het bestaan van waarborgen in de procedure (kennelijk doelt het Hof hiermee op waarborgen die de dwang reguleren), en het gebruik van het onder dwang verkregen bewijs.²³

Deze laatste redenering komt in geen van de eerdere nemo-tenetur arresten voor. Weliswaar overwoog het Hof eerder dat de ratio van nemo tenetur ligt in *onder andere* het beschermen tegen ontoelaatbare dwang. Maar met deze overweging – ook in het licht van de eerdere overwegingen ten aanzien van schending van artikel 3 in verhouding tot de ‘very essence’ van de verdedigingsrechten – lijkt het Hof het beschermen tegen dwang veel sterker dan anders te zien als de kern van het nemo-teneturbeginsel. Niettemin moet het Hof in de volgende rechtsoverweging erkennen dat het vaste Europese rechtspraak is dat het nemo-teneturbeginsel hoofdzakelijk ziet op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen (en dus ‘slechts’ hoofdzakelijk beschermt tegen dwang om een bekentenis af te leggen). Het beginsel strekt zich niet uit tot het gebruik van materiaal dat onder dwang is verkregen maar dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, aldus het Hof met verwijzing naar Saunders.²⁴

Dan volgt, volgens het kopje, de toepassing van ‘deze beginselen’ op de onderhavige zaak. Het Hof stelt in dat verband eerst vast dat artikel 3 is geschonden als gevolg van het toedienen van de braakmiddelen. Het bewijs dat in de procedure is gebruikt is derhalve verkregen als een direct resultaat van een schending van een van de kernrechten van de conventie.²⁵ De schending van artikel 3 is evenwel geconstateerd vanwege de onmenselijke behandeling die Jalloh kreeg, niet omdat hij werd gemarteld. Bewijs dat verkregen is als gevolg van martelpraktijken mag nooit worden gebruikt voor het bewijs. Dat zou moreel verwerpelijk zijn en, zo citeert het Hof het Supreme Court van de VS, ‘afford brutality the cloak of law’.²⁶ In het

²³ EHRM Jalloh, r.o. 101.

²⁴ EHRM Jalloh, r.o. 102.

²⁵ EHRM Jalloh, r.o. 104.

²⁶ EHRM Jalloh, r.o. 105.

geval van onmenselijke behandeling is het mogelijk dat de behandeling hoe dan ook zo ernstig was dat het bewijs, net als in het geval van marteling, per definitie niet mag worden gebruikt. De algemene vraag of op basis van het gedrag van de autoriteiten automatisch tot bewijsuitsluiting moet worden overgegaan hoeft in deze zaak echter niet te worden beantwoord. In de gegeven omstandigheden van het geval vindt het Hof namelijk het gebruik van het via de braakmiddelen verkregen bewijs het proces in zijn geheel oneerlijk maakt. Immers, zo herhaalt het Hof, is één van de kernrechten van het verdrag geschonden. Daarbij is van belang dat de via het braakmiddel verkregen drugs het essentiële bewijs vormden in de veroordeling van de verdachte. Weliswaar kreeg de verdachte de mogelijkheid dat gebruik van het bewijs te betwisten. Maar die mogelijkheid was feitelijk ineffectief omdat het toedienen van het braakmiddel onder de nationale wet was toegestaan. Bovendien kan niet worden gezegd dat het publieke belang hier dermate groot was dat dat het gebruik van het bewijs rechtvaardigde.²⁷

Hoewel de procedure dus als geheel reeds als oneerlijk moet worden beschouwd, meent het Hof dat de vraag naar de schending van het nemo-teneturbeginsel toch moet worden beantwoord, dit op basis van fatsoen jegens de verzoeker (!). In dat verband onderzoekt het Hof eerst of het nemo-teneturbeginsel van toepassing is.²⁸ Het Hof lijkt daarvoor een begrip te introduceren dat tot voor Jalloh niet in de nemo-teneturarresten wordt gebruikt:

‘(...) the Court observes that the use at the trial of “*real*” evidence [mijn cursief, LS] – as opposed to a confession – obtained by forcible interference with the applicant’s bodily integrity is at issue.’

Het Hof geeft vervolgens aan dat het nemo-teneturbeginsel in de verdragsstaten en ook elders met name als een zwijgrecht wordt uitgelegd. Het Hof heeft echter in enkele gevallen het recht een ruimere betekenis gegeven. Die gevallen zijn Funke en J.B. In Saunders heeft het Hof bepaald dat materiaal dat door dwang wordt verkregen maar onafhankelijk van de wil bestaat, niet onder de werking van nemo tenetur valt. Het Hof meent ook dat het bewijs waar het in deze zaak om draait – in het lichaam van de verdachte verborgen drugs – in de

²⁷ EHRM Jalloh, r.o. 106-107. Vergelijk ook de rechtsoverwegingen 95-96, waarin het Hof deze factoren reeds noemt als van belang voor de vraag of het proces in zijn geheel eerlijk was.

²⁸ EHRM Jalloh, r.o. 109-116.

categorie ‘wilsonafhankelijk materiaal’ valt. Echter, zo stelt het Hof – en nu wordt het echt ingewikkeld – er zijn meerdere factoren die maken dat de onderhavige zaak kan worden onderscheiden van de in Saunders genoemde voorbeelden. Ten eerste, ‘net als dat het geval was met de in Funke en J.B. opgelegde maatregelen, is het toedienen van braakmiddel gebruikt om ‘real evidence’ te verkrijgen tegen de wil van de verdachte’. Ten tweede verschilt de mate van dwang in de onderhavige zaak significant van de dwang die doorgaans is vereist om het in Saunders genoemde materiaal te verkrijgen. Het Hof doelt daarbij op lichaamseigen materiaal zoals bloed of DNA dat, ook al is er enige actieve medewerking van de verdachte vereist, toch wel door het lichaam wordt geproduceerd. De drugs in deze zaak konden alleen worden verkregen door de verdachte een slang in zijn neus te duwen en hem braakmiddelen toe te dienen. Dit alles niet zonder gevaar voor zijn gezondheid, aldus het Hof. Ik vind dit een opmerkelijke overweging aangezien ook een ingeslikt bolletje met een beetje geduld via de natuurlijke kanalen weer tevoorschijn komt. Ten derde is het bewijs in Jalloh verzameld in strijd met artikel 3, hetgeen in zwaar contrast staat met de gebruikelijke methodes om bloed of DNA te verzamelen. Deze methodes zijn in beginsel niet in strijd met artikel 3 en in zijn algemeenheid toegestaan op grond van artikel 8 lid 2.

Al deze omstandigheden maken dat het nemo-teneturbeginsel, ondanks dat er eigenlijk sprake is van wilsonafhankelijk materiaal, van toepassing is. De vraag of nemo tenetur is geschonden moet dan nog worden beantwoord.²⁹ Hier herhaalt het Hof de factoren die het eerder vaststelde ten aanzien van het antwoord op de vraag of de ‘very essence’ van nemo tenetur is geschonden: de aard en mate van dwang, de waarborgen in de procedure, en het gebruik van het bewijs. Het publieke belang – dat volgens het Hof in r.o. 97 nooit maatregelen kan rechtvaardigen die de ‘very essence’ van een recht aantasten – wordt ook meegenomen.

Wat betreft de aard en de mate van de dwang benadrukt het Hof – wederom – dat het dwingen van Jalloh om te braken een ernstige inbreuk maakt op zijn lichamelijke en geestelijke integriteit. De wijze waarop het gebeurde is in strijd met artikel 3. Wat betreft het publieke belang: dat was gering. Het ging om een kleine straatdealer die uiteindelijk 6 maanden gevangenisstraf kreeg. Onder de gegeven omstandigheden kan het publieke belang niet een dergelijk grove in-

²⁹ EHRM Jalloh, r.o. 117-123.

breuk op verdachtes lichamelijke en geestelijke integriteit rechtvaardigen. Ten aanzien van de waarborgen overweegt het Hof dat er weliswaar waarborgen voor een zorgvuldige procedure bestonden zoals dat de ingrepen door een ziekenhuisarts moesten worden gedaan, maar dat in dit geval de verdachte niet een volledig medisch onderzoek had ondergaan. Tot slot vormden de drugs het beslissende bewijs in de veroordeling van de verdachte. Alhoewel de verdachte de mogelijkheid had het gebruik van het bewijs aan te vechten – deze omstandigheid speelt ook mee bij de vraag naar de schending van artikel 6 in zijn geheel – was die mogelijkheid hier illusoir omdat de methode van bewijsverkrijging bij nationale wet was toegestaan. Dit alles maakt dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden.

4 Wat heeft het Hof met Jalloh willen zeggen?

Hoe verhoudt de uitspraak in Jalloh zich nu tot de eerdere uitspraken en wat heeft het Hof nu eigenlijk willen uitdragen met deze uitspraak? Een bolletje cocaïne valt op het eerste gezicht binnen de categorie van wilsonafhankelijk materiaal. Het onder dwang verkrijgen van een bolletje cocaïne uit iemands lichaam lijkt voorts niet te vallen onder een verklaringsvrijheid in ruime zin zoals die ogenschijnlijk onder de gegeven omstandigheden bij Funke en J.B. werd geschonden. Van een visexpeditie in Jalloh lijkt immers geen sprake en niet kan worden gezegd dat er enige intellectuele arbeid van Jalloh werd vereist om het bewijsmateriaal te verkrijgen. Niettemin zet het Hof Jalloh op één lijn met Funke en J.B. als het overweegt dat er net als in die zaken sprake is van het verkrijgen van bewijs ('real evidence') tegen de wil van de verdachte. 'Real evidence' dat tegen de wil is verkregen zet het Hof daarbij af tegen het in Saunders genoemde lichaamseigen materiaal (DNA, bloed, etcetera) dat wordt verkregen opdat daar verder onderzoek naar wordt gedaan.

'Real evidence' is een nieuwe term die het Hof ontleend lijkt te hebben aan de in de uitspraak geciteerde rechtspraak van het Amerikaanse Constitutionele Hof.³⁰ Real evidence in het Amerikaanse strafrecht is simpelweg al het tastbare, zichtbare en dus in die zin 'echte' bewijs – denk bijvoorbeeld aan een wapen – in tegenstelling tot iets dat slechts 'bestaat' althans wordt beschreven in een verklaring. Het Hof lijkt hier de term te introduceren omdat zij hem

³⁰ Zie r.o 49.

nodig heeft teneinde de door het Hof gecreëerde sub-categorie van te beschermen wilsonafhankelijk materiaal te benoemen.

De vraag is nu waar op basis van de door het Hof gehanteerde tegenstelling de schending nu in zit. Gaat het om de tegenstelling ‘real evidence’ tegenover ‘lichaamseigen bewijs dat nog verder moet worden onderzocht’? Dan is dus de aard van het materiaal van belang. Maar hoe kunnen in dat licht de cocaïne van Jalloh en de documenten van J.B. en Funke op één lijn worden gesteld? Vallen bloed, adem en urine ook onder ‘real evidence’? Dat is toch wat verwarrend in het licht van Saunders. En hoe zit het dan met de toelaatbaarheid van het verkrijgen van bolletjes cocaïne door te wachten tot ze via de natuurlijke weg naar buiten komen? Is dat ook ontoelaatbaar? Dat ‘real evidence’ zoals een wapen via bijvoorbeeld fouillering of een bevel tot uitlevering kan worden verkregen is bovendien algemeen geaccepteerd. Ligt de nadruk dan wellicht eerder op de wijze van het verkrijgen van het bewijs? Op dat laatste wijzen de twee volgende overwegingen van het Hof waarin het benadrukt dat het verkrijgen van de cocaïne gepaard ging met een aanzienlijke inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte (in tegenstelling tot de wijze waarop bloed e.d. doorgaans wordt verkregen), en dat de dwang zodanig was dat artikel 3 werd geschonden. Het tegen de wil van de verdachte verkrijgen heeft dan kennelijk te maken met de mate van dwang die inbreuk maakt zowel op de lichamelijke integriteit als op de menselijke behandeling die de verdachte verdient. Dit roept echter wederom de vraag op naar de verhouding tot Funke en J.B. In beide heeft waarschijnlijk de mate van dwang een rol gespeeld bij het constateren van een schending van nemo tenetur (zie hierboven). Die dwang was echter totaal anders van aard dan het soort dwang dat op Jalloh is toegepast. De dwang in Funke en J.B. schond niet de lichamelijke integriteit dan wel de menselijkheid van de verdachten. Wat er wel werd geschonden was hun procesautonomie.

Dwang lijkt niettemin de sleutel waarin dit arrest moet worden geplaatst. De eerdere overweging van het Hof inzake de vraag naar het schenden van de ‘very essence’ van het nemo-teneturbeginsel wijst daar al op. Het antwoord op die vraag hangt immers af van de aard en de mate van dwang, het bestaan van waarborgen in de procedure ten aanzien van de toepassing van die dwang, en het gebruik van het onder dwang verkregen bewijs.³¹ Het valt daarbij overigens op dat de

31 R.O. 101.

vraag naar de schending van het beginsel – hoe erg was de dwang – wel erg veel overeenkomt met de vraag naar de toepasselijkheid van *nemo tenetur* – deze vraag lijkt immers in casu bevestigend te worden beantwoord vanwege de ernst van de dwang. Het verbaast dan ook niet dat het Hof concludeert dat er inbreuk is gemaakt op het *nemo-tenetur*beginsel.

De dwang waar het hier over gaat betreft fysieke dwang waarvan de toepassing in de Nederlandse opsporing is toegestaan in het kader van bevoegdheden die bijvoorbeeld de afname van bloed of DNA of onderzoek aan het lichaam mogelijk maken. Vóór de ontwikkeling van de Europese rechtspraak zijn deze bevoegdheden altijd aangeduid als duldplichten van de verdachte die niet onder de bescherming van het *nemo-tenetur*beginsel vallen. De verdachte kan niet worden verplicht om mee te werken aan zijn veroordeling maar moet wel maatregelen dulden, zo luidde de afbakening van *nemo tenetur*.³² De duldplichten zijn ook altijd min of meer verondersteld in overeenstemming te zijn met artikel 6 EVRM.³³ Het Europese Hof laat er nu echter geen twijfel over bestaan dat de toepassing van dergelijke bevoegdheden ook een begrenzing kent in artikel 6 EVRM, en wel onder de noemer van *nemo tenetur*. In de kern gaat het er dan naar mijn idee om dat er dient te worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Hadden de politiemensen in het geval van Jalloh een beetje meer geduld en respect opgebracht voor de kleine dealer (en zijn stoelgang) die een enkel bolletje had ingeslikt, dan hadden ze hetzelfde resultaat kunnen bereiken en kon de bewijsverkrijging de toets van artikel 6 doorstaan.

5 De retorische kracht van *nemo tenetur* en *nemo tenetur* als containerbegrip

Mede tegen de achtergrond van de eerdere rechtspraak verbaast het in eerste instantie dat het Hof in Jalloh een schending van het *nemo-tenetur*beginsel heeft willen aannemen. Niet omdat de toegepaste dwang wel door de beugel zou kunnen, maar omdat het Hof die

32 Zie hierover onder andere Hazewinkel-Suringa in haar noot bij HR 5 juni 1951, *AA* 1951, p. 45-49, Th.W. van Veen, 'Art. 33a Wegenverkeerswet en het meewerken van de verdachte', *NJB* 1969, p. 1105-1110, K. Rozemond, 'Het DNA-onderzoek in strafzaken en het *nemo-tenetur*beginsel', *NJB* 1992, p. 125-132.

33 Vergelijk bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 893, nr. 3, p. 3, Wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten omtrent de toepassing van maatregelen in het belang van het onderzoek en enige andere onderwerpen.

dwang ook om andere redenen reeds ontoelaatbaar kan verklaren, en sterker nog, dat ook al had gedaan. Voordat het Hof de schending van het nemo-teneturbeginsel behandelt heeft het immers al geconstateerd dat artikel 3 is geschonden en dientengevolge – onder de gegeven omstandigheden – ook artikel 6. De overwegingen dat artikel 6 is geschonden, komen bovendien grotendeels terug in de overwegingen ten aanzien van de schending van nemo tenetur (er is ontoelaatbare dwang, het bewijs dat daaruit voortkwam is in de procedure gebruikt, de verdachte had geen effectieve mogelijkheid het gebruik te betwisten en het publieke belang was relatief klein). Kortom, de overwegingen ten aanzien van de schending van het nemo-teneturbeginsel lijken één grote cirkelredenering. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken – dit blijft uiteraard speculeren – dat het Hof uit een soort onderbuikgevoel een schending van het nemo-teneturbeginsel heeft willen zien in Jalloh. Ik sluit daarbij eveneens niet uit dat het Hof beïnvloed is geweest door het in 1952 door het Supreme Court gewezen arrest *Rochin*, waaruit ook het ‘real evidence’ afkomstig lijkt. De uit dat arrest afkomstige overweging van Justice Frankfurter met daarin de nodige retoriek over ‘fair play’, ‘decency’, ‘afford brutality the cloak of law’, en ‘brutalizing the temper of society’, wordt door het Hof immers uitgebreid geciteerd.³⁴ Ook komt het arrest terug in de concurring opinion van Zupancic, die daarbij de expliciete link legt met the privilege against self-incrimination. De ware bestaansreden van het nemo-teneturbeginsel, aldus Zupancic, is immers een gelijkwaardig gevecht tussen de staat en het soevereine individu dat door zijn tegenstander de staat niet gedwongen kan worden zichzelf te verslaan. De kwestie in Jalloh was derhalve niet zozeer of Jalloh was gemarteld of inhumain was behandeld, aldus Zupancic. Nee, het hele rechtssysteem stond op de rand van de afgrond. Nemo tenetur is kortom, de rule of law en de beschaving zelve.

Het is enerzijds begrijpelijk dat de afschuw die het optreden van de autoriteiten hier opwekt, vraagt om een retoriek die het nemo-teneturbeginsel kan geven. Het beginsel vertegenwoordigt kennelijk een gevoel of ideaal over de verhouding tussen overheid en individu en over de kern van het menszijn, welk ideaal hier in grove mate wordt aangetast – het recht als zelfstandig handelend en denkend mens te worden behandeld wordt in heel zijn wezen ontkend door de verdachte te behandelen als willoos object waar kost wat kost bewijs uit moet worden getrokken. De ruimhartige benadering van het ne-

34 Over nemo tenetur als retorisch middel zie Stevens 2005, par. 10.2.2.2 en 10.3.2.

mo-teneturbeginsel die daarmee gepaard gaat, is anderzijds niet zonder problemen. In beginsel kan immers elk individueel belang dat zich beweegt in het spanningsveld dat bestaat tussen overheid en (verdachte) burger onder de paraplu van het nemo-teneturbeginsel worden gebracht. Het nemo-teneturbeginsel wordt daarmee een vergaarbak of een containerbegrip van allerhande individuele belangen. De wijze waarop het nemo-teneturbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht (met name in de doctrine) wordt benaderd, illustreert dit. Nemo tenetur wordt gehanteerd ten aanzien van het verschoningsrecht van de getuige bij gevaar voor zelfbelasting, bij de uitzondering op het bevel tot uitlevering van voorwerpen van de verdachte en de verschoningsgerechtigde, bij de afwezigheid van een plicht van de verdachte om personalia op te geven, en bij de verplichte bloedproef, het DNA-onderzoek en de maatregelen in het belang van het onderzoek. Al deze wettelijke bepalingen of thema's betreffen vormen van niet meewerken. Reikwijdte, inhoud en achtergrond (denk aan procesautonomie, zelfbehoud, lichamelijke integriteit) van het niet meewerken zijn echter bij elk thema verschillend.³⁵ Problematisch bij dit gebruik van het nemo-teneturbeginsel is dat wanneer over deze thema's in termen van nemo tenetur wordt gesproken vaak wordt verbloemd waar het in een concrete situatie werkelijk over gaat. Gebruik van algemene termen als 'een recht op niet meewerken' vertroebelt het zicht op achterliggende waarden, zorgt ervoor dat men langs elkaar heen gaat praten en heeft dat gevaar dat nemo tenetur verwordt tot een holle leus.³⁶

In Jalloh is niet zozeer aan de orde dat onduidelijk is waar de schending in ligt. De gehele uitspraak ademt immers uit dat het probleem ligt in het gebruik van ongeoorloofde dwang. Wel problematisch is de doelredenering die het Hof op lijkt te moeten zetten om te kunnen komen tot de conclusie dat nemo tenetur geschonden is. De argumenten zijn onbegrijpelijk in verhouding tot de eerdere rechtspraak en rammelt ook op zichzelf genomen aan alle kanten. Dit heeft het Hof naar mijn idee in de eerste plaats te danken aan het criterium dat het in Saunders geformuleerd heeft. Op de een of andere manier moet om de aanzienlijke beperking van nemo tenetur op grond van Saunders heen worden geredeneerd. Enig houvast ten aanzien van eerdere of toekomstige uitspraken bieden de nu gehanteerde argumenten wat mij betreft echter niet. Rechter Bratza komt

³⁵ Zie Stevens 2005, par. 10.2.2.1.

³⁶ Vergelijk J.M. Reijntjes, 'Nemo tenetur: een holle leus?', in J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

in zijn concurring opinion dan ook tot de conclusie dat na de constatering dat artikel 6 EVRM is geschonden, een verhandeling over nemo tenetur beter achterwege gelaten kan worden omdat dit ‘problems of exceptional complexity and difficulty’ zal veroorzaken.

6 Tot besluit

Meer dan in de eerdere uitspraken positioneert het EHRM in Jalloh dwang (althans de bescherming daartegen) als belangrijke kernwaarde van het nemo-teneturbeginsel. Ook de zogenaamde duldplichten vallen hiermee onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel van artikel 6 EVRM. In hoeverre het Hof een ruimere uitleg van nemo tenetur geeft dan eerder werd aangenomen is moeilijk te zeggen. De casus in Jalloh is wel zo specifiek dat er geen doos van Pandora geopend lijkt te zijn. Duidelijk is wel dat het nemo-teneturbeginsel zich verder uitstrekt dan de verklaringsvrijheid. Nemo tenetur lijkt in dit arrest een soort symboolwaarde te hebben: het nemo-teneturbeginsel als ultieme bescherming van de mens tegen de machtige staat. Van een beginsel met een beperkte reikwijdte (verklaringsvrijheid) wordt nemo tenetur hiermee een grote vergaarbak voor allerlei belangen die het individu beschermen. De orakeltaal waarvan het Hof zich bedient in samenhang met het gegeven dat de toegepaste dwang reeds in strijd met artikel 6 EVRM was bevonden, doet de vraag rijzen of de toepassing van nemo tenetur hier van enige toegevoegde waarde is. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat de retoriek van nemo tenetur een positie van de verdachte suggereert – namelijk die van een partij in het strafproces die met gelijke wapens de strijd met de staat aangaat – die hij in de werkelijkheid van de strafrechtspleging simpelweg niet heeft. De verdachte heeft op basis van wetgeving en rechtspraak een beperkt autonome positie in het strafproces – en de uitspraak in Jalloh met zijn zeer specieke omstandigheden van het geval maakt dat niet anders.